

WYROK
z dnia 15 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. K. Zakład Produkcyjno-Handlowy, Klikawa, ul. Leśna 5, 24-100 Puławy**,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Czermin, Czermin 140, 39-304 Czermin**,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. K. Zakład Produkcyjno-Handlowy, Klikawa, ul. Leśna 5, 24-100 Puławy oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego w części trzeciej postępowania,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Czermin, Czermin 140, 39-304 Czermin**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. K. Zakład Produkcyjno-Handlowy, Klikawa, ul. Leśna 5, 24-100 Puławy**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Czermin, Czermin 140, 39-304 Czermin** na rzecz odwołującego **S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. K. Zakład Produkcyjno-Handlowy, Klikawa, ul. Leśna 5, 24-100 Puławy**, kwotę **18 600 zł 00 gr** (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu uiszczonych wpisów od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 563/19

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Czermin, Czermin 140, 39-304 Czermin, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i montaż kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, kotłów na biomasę oraz pomp ciepła na terenie gmin Czermin i Wadowice Górne”, nr referencyjny: IN.271.5.2018. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 września 2018 r., nr 2018/S 179-404965.

Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części 3-ciej zamówienia. W części tej złożonych zostało 5 ofert. Oferta pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza, została odrzucona przez zamawiającego zgodnie z zapadłym w tej sprawie wyrokiem o sygn. akt KIO 84/19. Druga w kolejności oferta została złożona przez wykonawcę S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. K. Zakład Produkcyjno-Handlowy, Klikawa, ul. Leśna 5, 24-100 Puławy (dalej: „odwołujący”). Pismem z dnia 20 marca 2019 r. (przekazanym wykonawcom dzień później) zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W dniu 1 kwietnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne jego zastosowanie i dokonanie czynności odrzucenia oferty przez zamawiającego z naruszeniem przepisów jako czynności niezgodnej z ustawą i błędne ustalenie, że oferta odwołującego jest niezgodna z siwz oraz, że odwołujący dopuścił się niedopuszczalnych negocjacji, podczas gdy jego oferta spełnia wszystkie wymagania SIWZ i nie podlega odrzuceniu, zaś treść oferty nie podlegała niedopuszczalnym negocjacjom,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, a w konsekwencji dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego, podczas gdy złożona oferta ta jest zgodna z treścią siwz,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezgodne z ustawą dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego, podczas gdy pomiędzy zamawiającym i odwołującym nie doszło do niedopuszczalnych negocjacji dotyczących treści złożonej oferty, gdyż w czasie składania wyjaśnień nie doszło do niedopuszczalnych negocjacji dotyczących treści złożonej oferty oraz zmiany treści oferty.

W szczególności odwołujący wskazał:

„Zamawiający, w uzasadnieniu odrzucenia oferty, powołuje się na dokumenty, których Odwołujący nie złożył w tym postępowaniu. Zamawiający opierając się na dokumentach, które pozyskał ze strony internetowej Odwołującego Wykonawcy: www.krzaczek.eu zarzuca Wykonawcy, w oparciu o te dokumenty, że zaoferowane urządzenia nie spełniają wymogów opisanych w SIWZ.

Odwołujący wskazuje, że dokumenty złożone w postępowaniu przez Odwołującego jednoznacznie potwierdzają spełnienie wszystkich parametrów przez oferowane urządzenia.

I. W szczególności, sam Zamawiający wykazuje na to, w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty z dnia 20 marca 2019 roku. W tabeli nr 1 Zamawiający wskazuje wymogi wynikające z dokumentacji technicznej w zakresie: klasy paliwa, montażu palnika, długości rury elastycznej, podłogi wodnej, długości/głębokości kotła potwierdzając, że według dokumentacji złożonej przez Wykonawcę w postępowaniu oferowane urządzenia spełniają wymogi Zamawiającego.

Odwołujący Wykonawca podkreśla, że oferowane urządzenia spełniają wymogi Zamawiającego, co potwierdza złożona w postępowaniu dokumentacja, w szczególności żądana przez Zamawiającego Instrukcja Montażu i Eksploatacji, zwana potocznie DTR. Odwołujący Wykonawca podkreśla, że w ramach składania oferty jak i wyjaśnień, złożył do Zamawiającego Instrukcję DTR oferowanych kotłów, która potwierdza, parametry oferowanych w tym postępowaniu urządzeń. Złożona DTR opisuje inną wersję urządzenia, niż urządzenia oferowane przez Producenta według strony internetowej. Odwołujący Wykonawca podkreśla, że jako producent kotłów posiada kilka modeli i rodzajów kotłów, zaś dla każdego rodzaju modelu opracowana została odpowiednia instrukcja DTR. Odwołujący Wykonawca podkreśla, że oferowany przez niego produkt nie jest produktem, oferowanym przez Odwołującego Wykonawcę, który znajduje się na stronie internetowej Odwołującego Wykonawcy - producenta: tj. www.krzaczek.eu. Urządzenia oferowane w tym postępowaniu posiadają inne parametry, tj. takie jakie wynikają ze złożonej w tym

postępowaniu dokumentacji, tj. zaświadczeń, raportów, a w szczególności złożonej DTR. Odwołujący podkreśla, że w trakcie składania wyjaśnień nie doszło do niedopuszczalnych negocjacji, gdyż oferowane w tym postępowaniu urządzenia posiadają wskazane parametry. Odwołujący w trakcie składania wyjaśnień oferuje urządzenia o nie zmienionych parametrach, a składane w trakcie postępowania przez Odwołującego wyjaśnienia w żaden sposób nie wpłynęły na zmianę parametrów oferowanych urządzeń.

- II. Odwołujący ponownie podkreśla, że oferowany przez niego w tym postępowaniu produkt jest urządzeniem, które posiada parametry wskazane w dokumentacji złożonej w tym postępowaniu i nie jest urządzeniem oferowanym przez Odwołującego według paramentów ze strony internetowej.

Powyższa kwestia była już wyjaśniana podczas składania wyjaśnień przez Odwołującego. Jak wynika z korespondencji stron, w piśmie Wykonawcy z dnia 15 marca 2019, w którym w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego z dnia 11 marca 2019 roku, polegające na „wskazaniu przyczyn podawania przez Producenta odmiennych danych w instrukcji zamieszczonej na stronie internetowej producenta, a instrukcji wskazanej w postępowaniu”. Odwołujący wyjaśnił, że „instrukcja zamieszczona na stronie internetowej dotyczy innego rodzaju kotłów, które są produkowane przez ZPH S. K., ale nie są oferowane w przedmiotowym postępowaniu, instrukcja zamieszczona na stronie internetowej jest jedną z pierwszych wersji instrukcji, wytworzona została do innej wersji kotłów SKP BIO. Od pierwszych wersji kotły SKP BIO były modernizowane w celu poprawienia ich parametrów i powtórnie certyfikowane. Oferowane w postępowaniu wersje kotłów SKP BIO mają parametry zgodnie z przesłaną Instrukcją do postępowania i są zgodne z wymaganiami Zamawiającego.”

Powyższe wskazuje, że Odwołujący wyczerpująco wyjaśnił i podkreślił, że właściwym, dedykowanym dokumentem do oferowanych przez Odwołującego Wykonawcę kotłów jest Instrukcja montażu i eksploatacji (DTR) złożona przez Odwołującego w tym postępowaniu.

Ponadto Odwołujący w piśmie z dnia 15 marca 2019 r., także wyjaśnił, że: *kotły przez niego produkowane, spełniające wymagania SIWZ, były w ofercie Wykonawcy przed terminem złożenia oferty w tym postępowaniu przed Zamawiającym i dostarczane były w realizacji analogicznych, gminnych przetargów, np. Gmina Policzna, Gmina Chełm, co potwierdzają przedłożone w tym postępowaniu referencje. (...)*

- III. Odwołujący Wykonawca nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego zawartym w Informacji o odrzuceniu oferty, w którym Zamawiający stwierdził, że: *„Wykonawca przedkładając w dalszych etapach postępowania dokumenty techniczne, z których wynikało, że oferowany kocioł SKP BIO posiada inne parametry niż kocioł oznaczony marką SKP BIO oferowany w powszechnej sprzedaży, dokonał w ocenie Zamawiającego zmiany treści oferty oraz wprowadził go w błąd co do oznaczenia produktu.”*

Odwołujący Wykonawca podnosi, że oferta złożona przez Odwołującego została złożona na produkt spełniający wymogi SIWZ, zaś dokumenty złożone przez Wykonawcę w pełni potwierdzały, że produkt spełnia wszystkie wymogi zawarte w SIWZ i w tym zakresie Odwołujący nie zmienił treści złożonej oferty poprzez składanie dodatkowych dokumentów i wyjaśnień na żądanie Zamawiającego.

Odwołujący złożył podczas składania wyjaśnień takie dokumenty jak: sprawozdanie z badań oraz zaświadczenia z Instytutu Energetyki z Łodzi. Sprawozdanie z badań dokumentuje przeprowadzony proces badania, zaś zaświadczenie z Instytutu Energetyki potwierdza zgodność oferowanych urządzeń z obowiązującymi przepisami oraz z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

W składanych wyjaśnieniach Odwołujący Wykonawca nie zmieniał parametrów oferowanych produktów, wręcz przeciwnie, potwierdził, iż złożona w postępowaniu Instrukcja montażu i eksploatacji (DTR) dotyczy oferowanego urządzenia spełniającego wymogi SIWZ. Złożona DTR wyraźnie wskazuje, że klasą paliwa jaką może spalać kocioł jest paliwo z klasy A1, A2 i B, ponadto oferowane kotły typu szeregu SKP BIO posiadają podłogę wodną, co jasno wynika ze złożonej przez Odwołującego DTR. Oferowane kotły mają zamontowany palnik z przodu, co wynika także ze złożonej DTR. Ponadto Oferowane kotły mają wymiary zgodne z SIWZ, długość rury elastycznej podającej pellet, co wynika ze złożonej przez Odwołującego DTR.

Odwołujący poinformował Zamawiającego o posiadanym zaświadczeniu składając wyjaśnienia w piśmie z dnia 15 marca 2019 roku. Odwołujący potwierdził, że oferowane urządzenia posiadają zamontowane palniki z przodu kotła, dołączając do składanych wyjaśnień przy piśmie z dnia 15 marca 2019r. dokument: Zaświadczenie z Instytutu Energetyki Laboratorium Badawczego kotłów i urządzeń grzewczych w Łodzi możliwości zabudowy palników zarówno z przodu jak i z boku, oraz że oferowane urządzenie spełnia wymagania V klasy wg normy PN-EN-303-5:2012 przy palnikach zamontowanym z przodu kotła, czego wymagał Zamawiający w postępowaniu.

Powyższe zaświadczenie w żaden sposób nie zmieniło treści oferty, gdyż jak to wynika, ze złożonej DTR oferowany kocioł posiada zamontowany palnik z przodu kotła (złożona DTR str. nr 6) .

Ponadto Zamawiający wyjaśnił i potwierdził, że długość rury elastycznej podającej pellet jest zgodna z wymogami SIWZ, a w oferowanym kotle występuje podłoga wodna zaś długość oferowanych kotłów jest zgodna z SIWZ, co potwierdza dostarczona DTR tabela str. nr 9. Wszystkie wskazane elementy wynikają w pierwszej kolejności ze złożonej do akt postępowania DTR, zaś złożone w trakcie wyjaśnień dokumenty w postaci pisma Wykonawcy z dnia 15.03.2019r., sprawozdania z badań, zaświadczenia z Instytutu w Łodzi, raporty z badań, potwierdzają powyższe okoliczności.

- IV. Odwołujący wskazuje, że w wezwaniu zamawiającego z dnia 11 marca 2019 roku Zamawiający wezwał do wyjaśnienia różnic występujących pomiędzy Instrukcją montażu i eksploatacji zamieszczoną na stronie przez producenta ZPH S. K., a Instrukcją złożoną w postępowaniu, w zakresie wyjaśniania różnic w parametrach kotłów. Zamawiający wskazał na rozbieżność, polegającą na tym, że na stronie internetowej jest wskazana inna sprawność kotła niż w instrukcji złożonej w postępowaniu. W odpowiedzi na powyższe Wykonawca wyjaśnił, że złożone w postępowaniu świadectwa i zaświadczenia potwierdzają zgodność parametrów sprawności kotła z dokumentami dostarczonymi w postępowaniu. Odwołujący po raz kolejny podkreśla, że w piśmie z dnia 15 marca 2019r. wskazał, że Instrukcja na stronie internetowej dotyczy innej konfiguracji kotłów i jest jedną z pierwszych instrukcji dotyczącą produkowanych kotłów. Konfiguracja kotłów produkowanych przez Odwołującego Wykonawcę ulegała zmianie, a co za tym idzie, przeprowadzone zostały badania uzupełniające potwierdzające zgodność konfiguracji kotłów z obowiązującymi przepisami prawa. (...)

Według Odwołującego brak jest podstaw do badania przez Zamawiającego oferowanych urządzeń według Instrukcji zamieszczonej na stronie, w sytuacji gdy Odwołujący Wykonawca złożył w postępowaniu aktualną DTR, która jest spójna z oferowanymi urządzeniami i wymaganiami SIWZ, zaś złożone w postępowaniu raporty, zaświadczenia i świadectwa potwierdzają spójność załączonych dokumentów oraz są aktualne na dzień składania oferty. (...)

- V. Odnosząc się do zarzutu wskazanego w punkcie 2 pisma Zamawiającego informującego o odrzuceniu oferty, w którym Zamawiający ponownie odnosi się do Instrukcji montażu kotła zamieszczonej na stronie internetowej, Odwołujący stoi na stanowisku, że podstawą oceny zaoferowanych urządzeń powinny być tylko i wyłącznie dokumenty złożone przez Odwołującego w tym postępowaniu. Dokumenty te są spójne ze sobą w ten sposób, że złożone zaświadczenia i świadectwa dotyczą urządzeń, które są określone w Instrukcji złożonej przez Odwołującego a urządzenia tam

wskazane są zgodne z wymaganiami SIWZ, dotyczy to także m.in. podłogi wodnej.

Przedmiotem oceny czy oferowane urządzenie posiada podłogę wodną winna być Instrukcja montażu (DTR) złożona przez Odwołującego, a nie jak to podnosi w uzasadnieniu Zamawiający instrukcja montażu wynikająca ze strony internetowej. Instrukcja montażu - DTR złożona przez Odwołującego wskazuje, iż oferowany kocioł posiada podłogę wodną. Nie można zgodzić się z zarzutem Zamawiającego, iż raporty z badań kotłów dostarczone w postępowaniu nie potwierdzają występowania podłogi wodnej, ponieważ raporty te dotyczą sprawdzenia zgodności badanych kotłów z wymaganiami odpowiednich norm, zasad wiedzy technicznej i aktualnych rozporządzeń ministra rozwoju i finansów w sprawie kotłów, zaś potwierdzenie występowania podłogi wodnej wynika z załączonej dokumentacji.

VI. Odnosząc się do zarzutu wskazanego przez Zamawiającego w punkcie II dotyczącego niepodpisania i nieopatrzenia datą sporządzenia Instrukcji obsługi i montażu kotła SKP BIO złożonej w postępowaniu, Odwołujący podtrzymuje swoje wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 15 marca 2018 roku i podkreśla, iż w ramach składanych dokumentów do zamawiającego Odwołujący złożył jedynie wzór instrukcji, podpisanej przez Odwołującego Wykonawcę za zgodność z oryginałem. Na stronie 17 złożonej DTR znajduje się pole do wpisania: miejscowość, data, pieczęć i podpis producenta/sprzedawcy. Umieszczone na str. 17 instrukcji pole do podpisu jest podpisywane indywidualnie dla każdego kotła i użytkownika końcowego w dacie dostarczenia tego urządzenia do użytkownika końcowego, podobnie jak karta serwisowa urządzenia, umieszczona na str. 18 DTR. Dlatego Odwołujący Wykonawca zaprzecza, aby złożone dokumenty nie były podpisane przez Wykonawcę, gdyż puste pola nie świadczą, aby ten dokument nie był podpisany. Przeciwnie, złożone dokumenty opatrzone są podpisem Odwołującego Wykonawcy, co oznacza, że Wykonawca potwierdził zgodność złożonego dokumentu z oryginałem, zaś data i podpis w oznaczonych na stronie 17 polach złożonej DTR składany jest w dacie przekazania urządzenia i dokumentu dla użytkownika końcowego.

VII. Odnosząc się do zarzutów wskazanych w punkcie III uzasadnienia informacja odrzuceniu oferty z dnia 21 marca 2019 r., Odwołujący Wykonawca wyjaśnia, że przedłożył raporty z badań, które były wykonywane przed dniem wejścia w życie Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 1 sierpnia 2017 roku w sprawie wymagań dla kotłów na paliwo stałe.

W tym czasie nie obowiązywał zakaz stosowania elementu konstrukcyjnego pozwalającego na ręczne zasilanie paliwem, dlatego przedstawione do badania kotły posiadały takie elementy, zaś raporty z badań uwzględniły to w swoich wynikach. Niemniej jednak z uwagi na wejście w życie rozporządzenia z dnia 1 sierpnia 2017 zmienionego rozporządzeniem z dnia 21 lutego 2019, Odwołujący Wykonawca dostosował oferowane urządzenia do wymogów wskazanego rozporządzenia z dnia 1 sierpnia 2017r. i wyeliminował zakazane elementy konstrukcyjne pozwalające na ręczne zasilanie paliwem. Odwołujący wskazuje, że kocioł SKP BIO 16 kw i 25 kw były badane przed wejściem w życie rozporządzenia z dnia 1 sierpnia 2017r. i raporty z tych badań wykazują ruszty żeliwne w budowie kotła. Ale należy podkreślić, iż kotły SKP BIO 25 Kw i SKP BIO 35 Kw były badane już po dacie wejścia w życie cytowanego rozporządzenia z dnia 1 sierpnia 2017r. i raporty z tych badań nie zawierają już żeliwnych rusztów.

Niemniej jednak kotły SKP BIO 16 Kw i 25 Kw zostały dostosowane do aktualnych przepisów a kotły oferowane w tym postępowaniu są zgodne z obowiązującymi przepisami, co potwierdza dostarczone w postępowaniu świadectwo nr OS/560/CUE/18.

Na potwierdzenie powyższych wyjaśnień Odwołujący przedstawia Zaświadczenie Instytutu Energetyki w Łodzi, o zakresach zmian w konfiguracji badanego typoszeregu kotłów SKPBIO.

Odwołujący podkreśla, że kotły te po zmianie konfiguracji były recertyfikowane, co oznacza, że uzyskały aktualne świadectwa i zaświadczenia na zgodność z normą PN-EN303- 5:2012 i przeszły pomyślnie badania, co wynika z raportu z badań.

Świadectwa i zaświadczenia dostarczone w postępowaniu dotyczą kotłów V klasy Ekodesign i potwierdzają spełnienie wymogów rozporządzenia z 1 sierpnia 2017 z późn. zm. i nie zawierają elementów, które nie są dopuszczone do stosowania.

Instrukcja dostarczona w postępowaniu DTR, świadectwa, zaświadczenia oraz raporty z badań kotłów SKP BIO wyczerpująco potwierdzają spełnienie przez oferowane w tym postępowaniu urządzenia stanowiące typoszereg kotłów SKP BIO V klasy wg normy PN- NN-303-5:2012 wymogów Ecodesign.

Na marginesie Odwołujący Wykonawca wskazuje, iż deflektory z płyty ceramicznej nie są elementami pozwalającymi na ręczne zasilanie paliwem. Gdyby kotły posiadały takie elementy nie byłoby możliwe uzyskanie i przedłożonego zaświadczeń i świadectw z akredytowanego laboratorium Instytutu Energetyki w Łodzi.

Odwołujący wyraźnie stwierdza, że przedstawione badania, zaświadczenia i certyfikaty dotyczą oferowanych w postępowaniu kotłów i potwierdzają, że oferowane kotły nie posiadają elementów zakazanych przez ustawodawcę, co oznacza, że są produkowane zgodnie z przepisami prawa.

Odwołujący wskazuje, że przedstawione przez odwołującego świadectwa i zaświadczenia zostały wystawione przez akredytowane laboratorium Instytutu Energetyki działające pod nazwą: Laboratorium Badawcze Kotłów i Urządzeń Grzewczych posiadające aktualną akredytację nr AB 087, i nie ma żadnych podstaw do kwestionowania przez Zamawiającego wystawionych świadectw i zaświadczeń potwierdzających zgodność oferowanych urządzeń z obowiązującymi przepisami prawa i zasadami wiedzy technicznej.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, uznania jej za ważną, spełniającą wymogi siwz i przywrócenia oferty odwołującego,
- 2) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 3) wybrania oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 4) ewentualnie powtórzenia czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2019 r. wykonawca Semper Power Sp. z o.o., ul. Główna 7, 42-693 Krupski Młyn, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba nie dopuściła ww. wykonawcy do udziału w postępowaniu z uwagi na niedochowanie przez niego wymogów wynikających z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tj. zaniechanie obowiązku przekazania odwołującemu kopii zgłoszonego przystąpienia.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia w części 3-ciej postępowania jest dostawa i montaż w oparciu o posiadaną przez zamawiającego dokumentację techniczną 123 sztuk kotłów na biomasę do ogrzewania budynków wraz z osprzętem.

W opisie technicznym kotłów na biomasę zamawiający zawarł m.in. następujące wymogi:

- 1) Wymagane jest, aby kotły zostały wykonane w klasie 5 efektywności energetycznej i emisyjności wg Normy PN-EN 303-5:2012 lub równoważnej oraz zgodnie z rozporządzeniem UE dotyczącym certyfikatu ECODESIGN lub równoważnego.
- 2) Kocioł musi posiadać wodną podłogę komory paleniskowej.
- 3) Palnik musi być wyposażony w system skutecznego usuwania szlaki umożliwiający spalanie pelletu w klasie A1, A2 i B.
- 4) Głębokość kotła nie powinna być większa, niż 90 cm nie licząc palnika.
- 5) Palnik powinien być montowany z przodu kotła.

6) Minimalna długość rury przeźroczystej giętkiej – 1000 mm.

W celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego wykonawca miał złożyć:

- certyifikat oraz raport z badań potwierdzający zgodność kotła z normą PN-EN 303-5:2012 (lub równoważną) oraz certyifikat potwierdzający spełnianie wymagań klasy 5 kotła - wydane przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp,
- kartę techniczną kotła na biomasę obejmującą informacje potwierdzające spełnianie przez piec parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik Nr 1c do SIWZ, zgodnie z pkt 8 projektu.

Odwolujący złożył ofertę, w której wskazał m.in., że oferuje:

	Typ kotła	Producent i model kotła
Gmina Czermin		
1	Kocioł na biomasę o mocy grzewczej min. 10 kW	SKP BIO 16 KW K.
2	Kocioł na biomasę o mocy grzewczej min. 15 kW	SKP BIO 16 KW K.
3	Kocioł na biomasę o mocy grzewczej min. 20 kW	SKP BIO 20 KW K.
4	Kocioł na biomasę o mocy grzewczej min. 25 kW	SKP BIO 25 KW K.
5	Kocioł na biomasę o mocy grzewczej min. 30 kW	SKP BIO 35 KW K.
Gmina Wadowice Górne		
6	Kocioł na biomasę o mocy grzewczej min. 15 kW	SKP BIO 16 KW K.
7	Kocioł na biomasę o mocy grzewczej min. 20 kW	SKP BIO 20 KW K.
8	Kocioł na biomasę o mocy grzewczej min. 25 kW	SKP BIO 25 KW K.
9	Kocioł na biomasę o mocy grzewczej min. 30 kW	SKP BIO 35 KW K.

Pismem z dnia 25 lutego 2019 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi odwołujący złożył m.in.:

- Świadectwo nr OS/560/CUE/18 dotyczącego typoszeregu kotłów wodnych SKP BIO z automatycznymi palnikami paliwa MK PRR AC, w którym stwierdzono m.in., że badany typoszereg zgodnie z wymaganiami PN EN 303-5:2012 kwalifikuje się do 5 klasy.
- Instrukcję montażu i eksploatacji (DTR), z której wynika m.in., że:
 - kocioł może być skonfigurowany z palnikiem zamontowanym z przodu kotła w drzwiczkach paleniskowo popielnikowych (str. 5),
 - na przekroju (str. 7) widoczna jest rura elastyczna podająca pellet,
 - na przekroju (str. 7) widoczna jest podłoga wodna komory paleniskowej,
 - w tabeli (str. 9) wpisane jest: paliwo – pellet drzewny klasy A1, A2, B,
 - w tabeli (str. 9) wpisane jest: długość – 775 – 875 mm (w zależności od rodzaju kotła SKP BIO),
- dokumentację techniczno-ruchową automatycznych palników MK PRR AC, w której stwierdzono (str. 9), że jednym z dwóch możliwych sposobów montażu palnika jest montaż w drzwiczkach (czyli z przodu – przyp. KIO).

Dwoma pismami z 11 marca 2019 r. zamawiający wezwał odwołującego, działając na podstawie art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień.

W pierwszym z ww. pism zamawiający wskazał:

- Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wzywa do złożenia karty technicznej kotła na biomasę opatrzonej podpisem i datą sporządzenia.
Uzasadnienie: Wykonawca przedłożył Instrukcję montażu i eksploatacji oferowanych urządzeń zawierającą dane oferowanego kotła. Dokument ten nie został opatrzony podpisem ani datą sporządzenia a jedynie potwierdzony za zgodność z oryginałem. Ostatnia strona Instrukcji zawiera miejsce na podpis producenta/sprzedawcy i datę sporządzenia dokumentu, które nie zostały wypełnione. Dokument złożony przez wykonawcę ma być - zgodnie z zapisami SIWZ - dowodem potwierdzającym zgodność parametrów zaoferowanego urządzenia z wymogami zamawiającego, stąd dla zamawiającego niezbędne jest ustalenie kto potwierdza fakty (parametry) istotne dla oceny oferty oraz w jakim dniu to potwierdzenie miało miejsce.
- W związku z tym, że wykonawca przedstawił w postępowaniu Instrukcję obsługi oferowanych urządzeń o treści odmiennej od Instrukcji obsługi urządzeń o tej samej nazwie handlowej zamieszczonych na stronie internetowej producenta, zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wzywa wykonawcę do jednoznacznego i nie budzącego żadnych wątpliwości wyjaśnienia która Instrukcja obsługi urządzenia jest Instrukcją właściwą, wskazującą realne parametry oferowanego urządzenia. Czy Instrukcja złożona z prowadzonym postępowaniem, czy też Instrukcja zamieszczona na stronie internetowej producenta (w załączeniu). Różnice dotyczą kwestii zasadniczych dla oceny zgodności oferowanego produktu z treścią oferty:

Dokumentacja	Dokumentacja techniczna (wymogi zamawiającego)	DTR SKP BIO (źródło: strona internetowa producenta)	DTR SKP BIO (źródło: dokument złożony w postępowaniu)
Ciśnienie robocze	Do 2,0 Bar	1,5 BAR	2,0 BAR
Klasa paliwa jakie może spalać kocioł	A1, A2, B	C	A1, A2, B
Montaż palnika	Z przodu kotła	Z boku kotła	z przodu kotła
Długość rury elastycznej podającej pellet	1000 mm	Niezgodna, na przekroju jest zdecydowanie krótsza	Zgodna
Podłoga wodna	Wymagana	Brak na przekroju kotła	Zaznaczona na przekroju kotła
Sprawność kotła	PN-EN303-5:2012	89-91	>90
Długość/Głębokość kotła	max 900 mm	920-1120 mm	775-875 mm

- W przypadku wskazania przez wykonawcę, że ofertą objęty jest kocioł o parametrach wskazanych w Instrukcji złożonej w niniejszym postępowaniu, Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wzywa wykonawcę do jednoznacznego i nie budzącego żadnych wątpliwości wyjaśnienia czy kocioł o parametrach wskazanych w Instrukcji złożonej w ramach prowadzonego postępowania jest aktualnie produkowany i istnieje w dniu złożenia oferty czy też zostanie dopiero wyprodukowany w procesie w którym dokonane zostaną zmiany parametrów kotła którego Instrukcja obsługi zamieszczona jest na stronie internetowej tak aby

dostosować je do wymogów zamawiającego?

4. Prosimy o wyjaśnienie przyczyn podawania przez producenta odmiennych danych w Instrukcji zamieszczonej na stronie producenta i Instrukcji złożonej w toczącym się postępowaniu.
5. Prosimy o podanie informacji od kiedy oferowane kotły wyposażone są w wersję palnika oferowaną w niniejszym postępowaniu? Prosimy także o wskazanie czy w kotle poddanym certyfikacji były zamontowane dokładnie te palniki w tej wersji jaką oferuje wykonawca w niniejszym postępowaniu.
6. Działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia raportu z badań potwierdzającego zgodność kotła z normą PN-EN 303-5:2012. Uzasadnienie: Wykonawca przedstawił świadectwo Instytutu Energetyki OS/560/CUE/18 oraz zaświadczenia Instytutu Energetyki o spełnianiu wymogów ecodesign dla oferowanych kotłów z informacją, że zawierają one dane wynikające ze sprawozdań 128/14-LG, 86/15-LG, 87/15-LG, 2009/17-LG, 2010/17-LG. Sprawozdań tych nie przedstawiono, pomimo wymogu zawartego w SIWZ.
7. W związku z wątpliwościami dotyczącymi oceny spełnienia przez oferowane kotły warunków technicznych zgodnych z SIWZ które wynikają z faktu, że na stronie internetowej producent zamieszcza inne dane niż zamieszczone w Instrukcji złożonej przez wykonawcę w ramach prowadzonego postępowania prosimy o jednoznaczną i nie budzącą wątpliwości odpowiedź na następujące pytania:
 - a) Czy oferowany kocioł ma zamontowany palnik z boku kotła (lewa lub prawa strona w zależności od wersji), czy z przodu kotła?
 - b) Czy zaświadczenia i świadectwa na zgodność z normą PN-EN 303-5:2012 (lub równoważną) oraz certyfikat potwierdzający spełnianie wymagań klasy 5 kotła dotyczą kotłów przebadanych z palnikiem montowanym z boku kotła czy z przodu kotła. Prosimy o przesłanie dokumentów potwierdzających jaki rodzaj kotła (z jakim usytuowaniem palnika) został poddany ww. badaniom w tym pełnego raportu z badań celem zweryfikowania informacji.
 - c) Czy oferowany kocioł posiada podłogę wodną?
 - d) Czy zaświadczenia i świadectwa na zgodność z normą PN-EN 303-5:2012 (lub równoważną) oraz certyfikat potwierdzający spełnianie wymagań klasy 5 kotła dotyczą kotłów przebadanych z podłogą wodną czy też bez takiej podłogi? Prosimy o przesłanie dokumentów potwierdzających jaki rodzaj kotła (z jakim rodzajem podłogi) został poddany ww. badaniom w tym pełnego raportu z badań celem zweryfikowania informacji.
 - e) Czy oferowany kocioł jest przystosowany jest do spalania pelletu klasy A1, A2, B?
 - f) Czy oferowany kocioł posiada maksymalną głębokość 900 mm nie licząc palnika umiejscowionego z przodu kotła?
 - g) Czy zaświadczenia i świadectwa na zgodność z normą PN-EN 303-5:2012 (lub równoważną) oraz certyfikat potwierdzający spełnianie wymagań klasy 5 kotła dotyczą kotłów z głębokością maksymalną 900 mm? Prosimy o przesłanie dokumentów potwierdzających jaki rodzaj kotła (o jakiej głębokości) został poddany ww. badaniom w tym pełnego raportu z badań celem zweryfikowania informacji."

W drugim z ww. pism zamawiający wskazał:

„Wykonawca przedstawił w tabeli nr. 2 na stronie 9. Pkt 2 tabeli „zakres mocy cieplnej kotła”, dla kotła o mocy 10 kW moc w zakresie 3-10 kW (SKP BIO 16), jednocześnie dla kotła o mocy 15 kW wskazał zakres mocy cieplnej kotła 4,5 - 15 kW wskazując ten sam kocioł SKP BIO 16. Certyfikacja kotłów dotycząca 5 klasy wykonywana jest dla mocy kotła - 30% mocy, oraz dla mocy nominalnej 100%. W związku z czym, proszę o przedstawienie raportu z badań kotła SKP BIO 16 dla zakresu mocy 3-10 kW zgodnie z deklaracją zawartą w uzupełnieniu”.

Pismem z dnia 15 marca 2019 r. odwołujący udzielił odpowiedzi na oba ww. pisma. Odwołujący wskazał, co następuje.

„Ad.1. Przedłożona przez nas instrukcja montażu i eksploatacji oferowanych w postępowaniu kotłów typu SKP BIO jest instrukcją ogólną dla kotłów SKP BIO, które spełniają wymagania SIWZ i zawiera informację m.in. o parametrach wymaganych przez Zamawiającego w postępowaniu. Instrukcja została potwierdzona za zgodność z oryginałem przez Właściciela firmy Zakład Produkcyjno- Handlowy S. K.. Pola „data” i „podpis producenta/sprzedawcy” są wypełniane indywidualnie dla każdego rodzaju kotła przed jego dostawą do Użytkownika lub przekazywana przy sprzedaży, tak samo jak karta gwarancyjna.

Ad.2. Instrukcja obsługi przedstawiona w postępowaniu jest instrukcją właściwą, dotyczy kotłów, które spełniają wymagania SIWZ i zawiera parametry oferowanych w postępowaniu kotłów. Instrukcja zamieszczona na stronie internetowej dotyczy innego rodzaju kotłów, które są produkowane przez ZPH S. K., ale nie są oferowane w przedmiotowym postępowaniu przez ZPH S. K.

Ad.3. Kotły typu SKP BIO o parametrach wskazanych w instrukcji złożonej w postępowaniu są w naszej ofercie, są produkowane od dawna i oczywiście istniały przed i w dniu złożenia oferty. Kotły o tożsamy parametrach głębokości i usytuowania palnika z przodu kotła dostarczaliśmy jako ZPH S. K. do wielu wcześniejszych realizowanych przetargów przez Gminy np. Gmina Policzna (przedłożone w postępowaniu referencje), Gmina Chelm.

Ad.4. Instrukcja na stronie internetowej dotyczy innego rodzaju kotłów, które nie są oferowane przez ZPH S. K. Instrukcja zamieszczona na stronie internetowej jest jedną z pierwszych wersji instrukcji wytworzona do innej wersji kotłów SKP BIO. Od pierwszych wersji SKP BIO, kotły tego typu były modernizowane w celu poprawienia ich parametrów i powtórnie certyfikowane. Oferowane w postępowaniu wersje Kotłów typu SKP BIO mają parametry zgodne z przesłaną instrukcją do postępowania i są zgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Ad.5. Kotły w podanej do postępowania konfiguracji są w naszej ofercie od momentu uzyskania przez ZPH S. K. świadectwa OS/560/CUE/18 tj. od dnia 01.01.2018 r., które zostało przedstawione przez ZPH S. K. Kotły certyfikowane były z oferowanymi w postępowaniu palnikami MK PRR AC. Certyfikaty i zaświadczenia dla kotłów typu SKP BIO dostarczone przez nas w postępowaniu zawierają informację o tym typie palnika z jakim badane były kotły SKP BIO - były to palniki MK PRR AC. Wynika to ze złożonych certyfikatów i zaświadczeń, które zostały złożone przez ZPH S. K.

Ad.6. Przesyłamy sprawozdania z badań kotłów typu SKP BIO oferowanych w postępowaniu tj. Sprawozdanie z badań nr. 210/17-LG, 128/14-LG, 209/17-LG, 86/15-LG.

Ad.7.

- a) oferowane w postępowaniu kotły posiadają palniki zamontowane z przodu kotła zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w SIWZ-dostarczona w postępowaniu instrukcja montażu i eksploatacji str. 6,
- b) zaświadczenia i świadectwa przedstawione w postępowaniu dotyczą kotłów z palnikami montowanymi zarówno z przodu jak i z boku kotłów.

W celu udokumentowania spełnienia wymogów załączamy dodatkowo Zaświadczenie Instytutu Energetyki Laboratorium Badawcze Kotłów i Urządzeń Grzewczych o możliwości zabudowy palników zarówno z przodu jak i z boku kotłów SKP BIO z dnia,

- c) oferowane kotły posiadają podłogi wodne,
- d) zaświadczenia i świadectwa oferowanych kotłów dotyczą kotłów z podłogą wodną,
- e) oferowany kocioł przystosowany jest do spalania pelletu klasy A1, A2 i B o parametrach zgodnych z normą PN-EN ISO

17225-2:2014 zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w SIWZ,

f) głębokości oferowanych kotłów są zgodne z wymaganiami Zamawiającego w SIWZi podane są w instrukcji obsługi przesłanej w postępowaniu - tabela str. 9. Głębokości oferowanych w postępowaniu kotłów dla wersji z palnikiem z przodu kotła mierzone są bez palników od przedniej płaszczyzny kotła do czopucha i mieszczą się w przedziale do 900 mm,

g) zaświadczenia i świadectwa na zgodność oferowanych kotłów z normą PN-EN 303-5:2012 dotyczą kotłów spełniających wymagania Zamawiającego z SIWZ w tym odpowiednie głębokości kotłów.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 11.03.2019r. (drugie – przyp. KIO), Wykonawca ZPH S. K. wyjaśnia:

Zgodnie z ofertą w postępowaniu zaoferowaliśmy dla mocy 10 kW i 15 kW ten sam typ kotła czyli SKP BIO 16 z elektronicznym ograniczeniem mocy odpowiednio do 10 i 15 kW. Kocioł SKP BIO 16 zgodnie z certyfikacją dla 5 klasy pracuje w zakresach mocy od 30-100% czyli od 4,8-16 kW. Ograniczenie mocy odnosi się do jej maksymalnej wartości. Podany w tabeli zakres mocy dla kotła SKP BIO 16 ograniczonego elektronicznie do 10 kW to oczywisty błąd pisarski. Zakres rzeczywisty mocy dla kotła SKP BIO 16 z ograniczeniem elektronicznym mocy do 10 kW to oczywiście 4,8-10 kW, analogicznie dla kotła ograniczonego elektronicznie do 15 kW zakres pracy to 4,8-15 kW. Taka sama sytuacja dotyczy kotła dla mocy 30 kW- zaoferowany przez nas kocioł SKP BIO 35 ograniczony elektronicznie do 30kW pracuje w rzeczywistym zakresie mocy 10,5-30 kW, a Kocioł SKP BIO 25 kW pracuje w zakresie 7,5-25 kW. Błąd wynika z omyłkowego przeliczenia procentów z pozycji w tabeli. Pragniemy jednocześnie zauważyć, iż zaoferowane przez nas powyższe kotły są lepsze od wymaganych przez zamawiającego."

Do pisma odwołujący dołączył zaświadczenie Instytutu Energetyki, w którym stwierdzono:

„Typoszereg kotłów SKP BIO o mocach nominalnych 16, 20, 25, 35 oraz 50 kW został przebadany w Instytucie Energetyki w Laboratorium Badawczym Kotłów i Urządzeń Grzewczych i spełnia wymogi 5 klasy wg normy PN-EN 303-5:2012 oraz spełnia wymogi dotyczące ekoprojektu (ecodesign) określone Rozporządzeniem Komisji (UE) 2015/1189 z dnia 28 kwietnia 2015 r. w sprawie wykonania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla kotłów na paliwa stałe. Badanie nr OS/560/CUE/18.

Badane kotły posiadały automatyczne palniki paliwa MK PRR AC opalane granulatem drewna pellet.

Zaświadczamy, że usytuowanie palników z boku jak i z przodu kotła spełnia wymagania 5 klasy wg normy PN-EN 303-5:2012 oraz spełnia wymogi dotyczące ekoprojektu (ecodesign) i zostało potwierdzone badaniami przeprowadzonymi w Instytucie. Badania nr OS/560/CUE/18."

Pismem z dnia 20 marca 2019 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał:

1., „Zamawiający w ramach toczącego się postępowania przyjął sposób oceny treści ofert wyznaczony przez KIO w wyroku z dnia 6 lutego 2019 r. KIO 84/19. Skład orzekający oceniając ofertę konkurencyjnego wykonawcy orzekł, że jeżeli wykonawca dookreślił w ofercie przedmiot świadczenia wskazując występującą w obiegu gospodarczym nazwę własną urządzenia to nie może w sposób całkowicie dowolny posługiwać się tą nazwą oferując urządzenie o odmiennych parametrach. Takie nieprecyzyjne określenie zaoferowanego urządzenia w ocenie KIO umożliwiałoby całkowicie swobodne kształtowanie świadczenia przez wykonawcę, w zależności od potrzeb, które mogą choćby z działań zamawiającego, jego docieklowości i stanowczości w procesie badania ofert. W ocenie Izby praktykę polegającą na oferowaniu przez wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego urządzeń występujących od lat pod określoną marką handlową i negowaniu ich tożsamości z oferowanymi urządzeniami należy ocenić negatywnie. KIO zauważyła, że wykonawca którego ofertę finalnie odrzucono w początkowej fazie przedmiotowego postępowania w złożonej ofercie nie wskazał, że oferuje specjalną lub dedykowaną wersję kotła, co pozwalało na utożsamianie oferowanego urządzenia z urządzeniem występującym powszechnie pod tą samą nazwą handlową. Zamawiający stwierdza, że w ofercie wykonawca oznaczył oferowany produkt nazwą SKP BIO plus oznaczenie mocy. Jest to nazwa pod którą wykonawca oferuje kotły w ofercie rynkowej (publicznej). Dowodem na to jest cała grupa danych zawarta na stronie internetowej producenta określająca parametry produktów o tych samych nazwach jak wskazane w ofercie. Z treści oferty nie wynika, że oferowany kocioł jest wersją odmienną od wersji dostępnej w ogólnym kanale sprzedażowym wykonawcy. W związku z powyższym zamawiający miał prawo oceniać zaoferowane urządzenie przez pryzmat jego cech i parametrów ujawnionych w ofercie publicznej. Parametry te wskazane w oficjalnej ofercie wykonawcy zamieszczonej na stronie internetowej producenta nie były zgodne z SIWZ.

Tabela Nr 1

Wymóg	Dokumentacja techniczna (wymogi zamawiającego)	SKP BIO oferowany w podstawowej ofercie producenta (źródło: strona internetowa producenta)	SKP BIO w wersji oferowanej w postępowaniu (źródło: dokumenty złożone w postępowaniu)
Klasa paliwa jakie może spalać kocioł	A1, A2, B	C	A1, A2, B
Montaż palnika	z przodu kotła	z boku kotła	z przodu kotła
Długość rury elastycznej podającej pellet	1000 mm	Niezgodna, na przekroju jest zdecydowanie krótsza	Zgodna
Podłoga wodna	Wymagana	Brak	Występuje
Długość/Głębokość kotła	max 900 mm	920-1120 mm	775-875 mm

Następnie już na kolejnych etapach postępowania wykonawca na wezwanie zamawiającego przedstawił dokumenty wskazujące, że produkt SKP BIO posiada parametry inne niż te o których istnieniu zapewnia producent na swojej stronie internetowej. Wykonawca przedkładając w dalszych etapach postępowania dokumenty techniczne z których wynikało, że oferowany kocioł SKP BIO posiada inne parametry niż kocioł oznaczony marką SKP BIO oferowany w powszechnej sprzedaży wykonawca dokonał w ocenie zamawiającego zmiany treści oferty oraz wprowadził go w błąd co do oznaczenia produktu. Zamawiający zauważa, że podczas oceny oferty wykonawcy jest związany wskazówkami interpretacyjnymi dokonanymi przez Izbę w ramach orzeczenia które dotyczyło podstaw odrzucenia oferty konkurencyjnej. Związanie to wynika z zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (równe traktowanie wykonawców). W efekcie zamawiający uznaje, że oferowany kocioł sprzedawany przez wykonawcę pod nazwą SKP BIO nie posiada parametrów wymaganych w SIWZ wskazanych w Tabeli Nr 1, co potwierdza instrukcja obsługi kotła SKP BIO zamieszczona na stronie producenta. Jednocześnie wyjaśnienia wykonawcy z dnia 15 marca 2019 r. o posiadaniu przez oferowany kocioł parametrów zgodnych z SIWZ zamawiający traktuje jako zmianę treści oferty oraz wprowadzenia go w błąd co do oznaczenia produktu zawartego w treści oferty. Z wyjaśnień wykonawcy wynika bowiem, że de facto oferuje całkowicie inny kocioł niż kocioł SKP BIO oferowany w oficjalnej sprzedaży producenta pod nazwą SKP BIO oznaczającą urządzenie o konkretnie wyspecyfikowanych parametrach niezgodnych z wymaganiami zamawiającego. W efekcie występują przesłanki odrzucenia oferty wskazane w:

-art. 89 ust. 1 pkt 2

kocioł SKP BIO ujęty w ofercie nie posiada parametrów wymaganych w SIWZ wg Tabeli Nr 1,

-art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1

na późniejszym etapie postępowania wykonawca przedstawił dokumenty, które w jego ocenie, wskazują na posiadanie przez oferowany kocioł SKP BIO (niezgodny z wymaganiami treści SIWZ wg danych producenta) wymaganych w SIWZ parametrów, co oznacza dokonanie zmiany pierwotnej treści oferty,

-art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

wykonawca wprowadził poprzez treść oferty zamawiającego w błąd co do oznaczenia oferowanego produktu tj. wskazał nazwę produktu pod którą funkcjonujące on na rynku i wg której jest identyfikowany w obrocie wg określonych stałych parametrów, a następnie wyjaśnił, że tak naprawdę przedmiotem jego oferty jest produkt posiadający inne parametry, jednak sprzedawany pod tą samą nazwą która została wskazana w ofercie. Wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie prowadzą do wniosku, że manipuluje on treścią oferty na dalszych etapach postępowania poprzez używanie znaku towarowego oznaczającego konkretny produkt dla oznaczenia wielu różnych produktów które posiadają odmienne parametry kluczowe dla identyfikacji kotła takie jak umiejscowienie palnika, kluczowe wymiary, podłoga wodna, klasa paliwa).

2. Zebrany materiał dowodowy wskazuje na to, że oferowany produkt nie posiada podłogi wodnej. Zgodnie z instrukcją obsługi zamieszczoną na stronie internetowej producenta kocioł SKP BIO nie posiada podłogi wodnej komory paleniskowej, której wymagał Zamawiający. Występowania podłogi wodnej nie potwierdzają także raporty z badań kotła przedstawione jako załącznik do pisma z dnia 15.03.2019 r. Dokumentem z którego wynika, że oferowany kocioł posiada podłogę wodną jest instrukcja obsługi kotła SKP BIO złożona w postępowaniu, przy czym nie została ona opatrzona podpisem ani datą sporządzenia stąd zamawiający nie traktuje jej jako wiarygodnego dowodu na istnienie odłogi wodnej w oferowanym kotle. Aktualnie w zakresie stwierdzenia braku podłogi wodnej w kotle oznaczonym nazwą SKP BIO pozostają także argumenty wskazane w pkt 1 dotyczące podstaw odrzucenia ofert.

3. Oferowane kotły są niezgodne z wymaganiami § 3 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 1 sierpnia 2017 r. w sprawie wymagań dla kotłów na paliwo stałe zmienionego rozporządzeniem Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 21 lutego 2019 r. (Dz. U. 363 z 2019 r.) które wskazują, że w kotłach z automatycznym sposobem zasilania paliwem stałym zakazuje się stosowania elementu konstrukcyjnego pozwalającego na ręczne zasilanie paliwem. Z dokumentów przedstawionych przez wykonawcę wynika, że:

Kocioł 16 kW - wyposażony jest w sztabkowy ruszt żeliwny spełniający funkcję deflektora spalin.

Kocioł 20 kW - wyposażony jest w płytę ceramiczną pkt 2.2 DEFLEKTOR Z PŁYTY CERAMICZNEJ.

Kocioł 25 kW - wyposażony jest w sztabkowy ruszt żeliwny spełniający funkcję deflektora spalin pkt. 2.2 deflektor z RUSZTOWIN ŻELIWNYCH.

Kocioł 35 kW - wyposażony jest w płytę ceramiczną pkt 2.2 DEFLEKTOR Z RUSZTOWIN ŻELIWNYCH.

Sztabkowy ruszt żeliwny oraz płyta ceramiczna pozwalają na ręczne zasilanie paliwem, co oznacza, że kotły tej konfiguracji nie mogą być wprowadzone do obrotu a tym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 jako niezgodna z ustawą oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 jako niezgodna z treścią SIWZ (zgodnie z postanowieniami § 4 ust. 6 pkt 2 wzoru umowy wykonawca zobowiązuje się do należytego wykonania przedmiotu umowy, przy użyciu własnych materiałów, zgodnie z umową, zasadami wiedzy technicznej i przepisami prawa)."

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 – 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

1) jest niezgodna z ustawą,

2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3,

3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.), czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

W przedmiotowej sprawie należy w pierwszej kolejności zauważyć, że nie jest sporne pomiędzy stronami, że zgodnie z treścią dokumentów przedłożonych zamawiającemu przez odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, oferowane kotły spełniają wymogi siwz, zaś wymogów tych nie spełniają kotły opisane w instrukcji zamieszczonej na stronie internetowej odwołującego. O powyższym stanie rzeczy świadczy także treść tabeli zawartej na str. 2-3 pisma z dnia 20 marca 2019 r., w którym zamawiającym poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty. W tabeli tej w

kolumnie czwartej zatytułowanej „SKP BIO w wersji oferowanej w postępowaniu (źródło: dokumenty złożone w postępowaniu) w odniesieniu do poszczególnych parametrów zamawiający jednoznacznie wpisał, że są one zgodne z siwz, czyli z parametrami wskazanymi w kolumnie drugiej tabeli. Jednocześnie w tabeli tej w kolumnie trzeciej zatytułowanej „SKP BIO oferowany w podstawowej ofercie producenta (źródło: strona internetowa producenta)” zamawiający opisał niezgodność ww. parametrów z siwz. Tym samym, zarówno z pisma informującego o odrzuceniu oferty, jak i ze stanowisk stron przedstawionych na rozprawie wynika, że niezgodność z siwz nie zachodzi w stosunku do kotłów opisanych w dokumentach przedstawionych zamawiającemu w trakcie postępowania, ale w stosunku do kotłów prezentowanych na stronie internetowej odwołującego.

W związku z powyższym należy podkreślić, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przewiduje odrzucenie oferty wykonawcy wyłącznie w przypadku niezgodności zachodzącej pomiędzy ofertą wykonawcy a siwz. Przepis ten nie daje natomiast podstaw do odrzucenia oferty w przypadku niezgodności zachodzącej pomiędzy np. stroną internetową wykonawcy a siwz. Niezależnie od innych kwestii merytorycznych, które zostaną omówione w dalszej kolejności, już tylko ten fakt, tj. literalna treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie pozwala na przyjęcie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu w oparciu o ww. przepis, skoro źródłem niezgodności z siwz jest strona internetowa, a nie oferta wykonawcy.

Przechodząc do kolejnej kwestii, tj. utożsamiania przez zamawiającego kotłów oferowanych przez odwołującego z kotłami opisanymi na stronie internetowej, należy zauważyć, co podnosił też odwołujący na rozprawie, że w ofercie złożonej w przedmiotowym postępowaniu zawarta była tabela, w której w kolumnie pn. „Producent i model kotła” odwołujący wpisał odpowiednio: SKP BIO 16 KW K., SKP BIO 20 KW K., SKP BIO 25 KW K. lub SKP BIO 35 KW K.. Na stronie internetowej odwołującego są zaprezentowane kotły SKP BIO z różnymi dodatkami w nazwach, ale kotłów SKP BIO KW K nie ma. Tym samym nie można utożsamiać kotłów oferowanych przez odwołującego w tym postępowaniu z kotłami prezentowanymi na stronie internetowej i wyciągać z tego wniosku, że prawdziwe parametry techniczne kotłów zostały podane na stronie internetowej. Jak wynika z różnicy nazw, kotły wskazane przez odwołującego w treści oferty nie są tymi samymi kotłami, co kotły ze strony internetowej odwołującego.

Jednocześnie nie można zgodzić się z argumentem zamawiającego, że „KW” to jedynie oznaczenie kilowatów, a nie część nazwy kotła. Należy zauważyć, że po pierwsze, „KW” zostało przez odwołującego wpisane do kolumny pn. „Producent i model kotła”, natomiast moc kotłów została wpisana przez odwołującego w kolumnie pn. „Typ kotła”, gdzie odwołujący za każdym razem wpisywał: „Kocioł na biomasę o mocy grzewczej min. 10 kW” (sama moc oczywiście zmieniała się w stosunku do typu kotła). Po drugie, moc została wpisana jako „kW” (czyli małe k, duże W), natomiast w nazwie odwołujący wpisywał „KW” (czyli duże K i duże W). Po trzecie, wyżej wskazanego rozróżnienia na małe i duże litery odwołujący używał konsekwentnie, np. w piśmie z dnia 15.03.2019 r. (ostatnia strona), czy w DTR (str. 3 pod wzorem na moc grzewczą kotła, tabela na str. 4 w kolumnie moc kotła, tabela na str. 9 pkt 1 i 2, str. 10 pkt 4.2., str. 11 tiret pierwsze na samej górze), a zatem wszędzie gdzie pisał o kilowatach używał „kW”, a nie „KW”. Tym samym należy uznać, że „KW” to część nazwy modelu kotła, nie zaś jedynie oznaczenie kilowatów.

Jedynie na marginesie należy zauważyć, że odwołujący dołączył też do odwołania zaświadczenie z dnia 28 marca 2019 r. wydane przez Instytut Energetyki, w którym stwierdzono: „Nie ma żadnych przeciwwskazań aby typoszereg kotłów SKP BIO posiadał różne konfiguracje. W gestii producenta pozostaje określenie sposobu identyfikacji produkowanych Urządzeń.”

Wobec powyższych ustaleń, utożsamianie przez zamawiającego oferowanych kotłów z kotłami opisanymi na stronie internetowej, nie jest zasadne.

W dalszej kolejności należy odnieść się do stwierdzenia przez zamawiającego, że odwołujący zmienił treść oferty i wprowadził zamawiającego w błąd co do nazwy produktu i jego parametrów. Jak już wyżej wskazano, nie może być mowy o zmianie treści oferty i wprowadzeniu zamawiającego w błąd co do nazwy oferowanych kotłów: odwołujący od początku wskazał w ofercie kotły, które w nazwie mają „KW” i nigdy się z ich oferowania nie wycofał, natomiast zamawiający niezasadnie utożsamiał te kotły z kotłami opisanymi w instrukcji zamieszczonej na stronie internetowej, co doprowadziło zamawiającego do błędnego wnioskowania, jakoby odwołujący wprowadzał go w błąd. Tym samym w zakresie nazwy oferowanych produktów nie ma podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności nie zaistniało wprowadzające w błąd oznaczenie towarów, o którym mowa w ww. przepisie uznk.

Odnosnie natomiast parametrów oferowanych kotłów, należy zauważyć, że wszystkie informacje dotyczące konfiguracji kotłów, kwestionowane przez zamawiającego w piśmie z dnia 20 marca 2019 r., zostały podane przez odwołującego już w dokumentach złożonych na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp: wymagana klasa paliwa wynika z DTR (tabela na str. 9, pkt 18), montaż palnika z przodu został wskazany na str. 5 DTR, jak też w dokumentacji techniczno-ruchowej automatycznych palników MK PRR AC (str. 9), ponadto do tychże palników MK PRR AC odnosi się świadectwo OS/560/CUE/18, prawidłowa długość rury elastycznej podającej pellet wynika z faktu zastosowania palnika montowanego z przodu, podłoga wodna została wskazana na przekroju na str. 7 DTR, długość / głębokość kotła wynika z DTR (tabela na str. 9, pkt 21). Tym samym wszystkie kwestionowane przez zamawiającego parametry zostały podane w dokumentacji przekazanej już na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a w piśmie z dnia 15 marca 2019 r. odwołujący jedynie potwierdzał ich istnienie odpowiadając na pytania zamawiającego. W konsekwencji, wobec faktu oferowania przez odwołującego innych kotłów niż opisane w instrukcji na stronie internetowej, złożenia przez odwołującego od początku dokumentów, z których wynikały właściwe parametry kotłów i potwierdzenia tych parametrów w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu, nie można uznać, że doszło do zmiany oferty odwołującego, do wprowadzenia zamawiającego w błąd i do niedozwolonych negocjacji treści oferty. W konsekwencji nie można uznać, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności nie można uznać, że doszło – jak wskazał zamawiający w piśmie o odrzuceniu oferty – do „manipulacji treścią oferty na dalszych etapach postępowania poprzez używanie znaku towarowego oznaczającego konkretny produkt dla oznaczenia wielu różnych produktów które posiadają odmienne parametry kluczowe dla identyfikacji kotła takie jak umiejscowienie palnika, kluczowe wymiary, podłoga wodna, klasa paliwa”.

Odnosząc się do pkt 2 pisma z dnia 20 marca 2019 r. informującego o odrzuceniu oferty odwołującego z powodu braku podłogi wodnej, należy zauważyć, że powyższe zamawiający wywiódł z faktu, że instrukcja na stronie internetowej nie zawiera wskazania takiej podłogi, zaś instrukcja (DTR) przedłożona przez odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, nie została przez niego podpisana. Jak wskazano już wyżej, instrukcja zamieszczona na stronie internetowej w ogóle nie dotyczy kotłów, które zostały zaoferowane w niniejszym postępowaniu, gdyż kotły wskazane w ofercie nie są prezentowane na stronie internetowej odwołującego. Natomiast instrukcja złożona zamawiającemu na wezwanie w postępowaniu nie mogła zostać podpisana w przewidzianym na to miejscu: „pieczęć i podpis producenta / sprzedawcy”, gdyż w tym miejscu zostaje ona podpisana wraz z kartą gwarancyjną dopiero przy przekazywaniu konkretnego już urządzenia (identyfikowanego za pomocą np. numeru palnika) konkretnemu kupującemu. Natomiast na etapie oferowania,

instrukcja ta, jako dokument wzorcowy dla tego modelu kotłów, została potwierdzona przez odwołującego za zgodność z oryginałem, a ponadto stanowiła załącznik do pisma podpisanego przez odwołującego. Tym samym treść DTR przedstawiona w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, nie może być ignorowana przez zamawiającego i z tego powodu zamawiający nie może formułować zarzutów w stosunku do oferty odwołującego, w tym wypadku – w zakresie braku podłogi wodnej.

Odnosząc się do pkt 3 pisma z dnia 20 marca 2019 r. informującego o odrzuceniu oferty odwołującego, należy zauważyć, że w punkcie tym zamawiający stwierdza niezgodność oferty odwołującego z ustawą oraz z § 4 ust. 6 pkt 2 wzoru umowy (stanowiącego załącznik do siwz) z powodu zastosowania w kotłach elementów pozwalających na ręczne zasilanie paliwem, co jest sprzeczne z § 3 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 1 sierpnia 2017 r. w sprawie wymagań dla kotłów na paliwo stałe zmienionego rozporządzeniem Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 21 lutego 2019 r. Wobec powyższego należy zauważyć, że odwołujący przedstawił w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, świadectwo nr OS/560/CUE/18 z dnia 17 stycznia 2018 r. (czyli wydane po wejściu w życie rozporządzenia z dnia 1 sierpnia 2017 r.), w którym potwierdzono, że badany typoszerzeg kotłów kwalifikuje się do 5 klasy. Powyższe oznacza, że badane kotły nie mogły zawierać elementów niedozwolonych – w tym wypadku: elementów pozwalających na ręczne zasilanie paliwem, gdyż gdyby takie elementy zawierały, nie zostałyby dla nich wydane ww. świadectwo.

Niezależnie od powyższego, jedynie na marginesie, należy zauważyć, że odwołujący dołączył do odwołania zaświadczenie Instytutu Energetyki z dnia 28 marca 2019 r., w którym potwierdzono powyższe ustalenia poprzez stwierdzenie: „Typoszerzeg kotłów SKP BIO o mocach nominalnych 16, 20, 25, 35 oraz 50 kW został przebadany w Instytucie Energetyki w Laboratorium Badawczym Kotłów i Urządzeń Grzewczych. Typoszerzeg ten spełnia wymogi 5 klasy wg normy PN-EN 303-5:2012 oraz spełnia wymogi dotyczące ekoprojektu (ecodesign) określone Rozporządzeniem Komisji (UE) 2015/1189 z dnia 28 kwietnia 2015 r. w sprawie wykonania dyrektywy Parlamentu Europejskiego Rady 2009/125/WE w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla kotłów na paliwa stałe. Badania te zostały potwierdzone Sprawozdaniami z badań.

W związku z wejściem w życie Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 1 sierpnia 2017r. w sprawie wymagań dla kotłów na paliwo stałe oraz zmianami konfiguracji, w listopadzie 2017r. zostały przeprowadzone badania uzupełniające potwierdzające zgodność konfiguracji kotła SKP BIO z obowiązującymi przepisami.

Zakres zmian w konfiguracji typoszerzemu kotłów SKP BIO obejmował:

- zastosowanie automatycznych palników paliwa MK PRR AC,
- wyposażenie wymiennika w podłogę wodną,
- zastąpienie rusztów płytą ceramiczną spełniającą funkcję deflektora spalin z obowiązującymi przepisami.

Badania te potwierdzone certyfikatem o numerze OS/560/CUE/18 dokumentują zgodność urządzenia z wymaganiami stawianymi kotłom 5 klasy wg normy PN-EN 303-5:2012 oraz spełnianie wymogów dotyczących ekoprojektu (ecodesign).

Kotły SKP BIO o mocach nominalnych 16, 20, 25, 35 oraz 50 kW są zgodne z wymaganiami rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 21 lutego 2019r. (Dz. U. 363 z 2019 r.).

W świetle powyższego należy stwierdzić, że nie zachodzi podstawa odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (na marginesie jedynie należy zauważyć, że art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odnosi się do niezgodności z ustawą Pzp, nie zaś do innych przepisów, których dotyczy art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp).

Na koniec Izba odnie się jeszcze do podnoszonego przez zamawiającego, w piśmie o odrzuceniu oferty i na rozprawie, argumentu, zgodnie z którym jego działanie podyktowane było treścią zapadłego w przedmiotowym postępowaniu wyroku KIO 84/19. Izba dokonała analizy ww. wyroku i stwierdziła, że nie odnosi się on do sytuacji analogicznej do tej, jaka dotyczy oferty odwołującego.

Po pierwsze, należy zauważyć, że wykonawca pierwotnie wybrany (przystępujący w postępowaniu odwoławczym KIO 84/19) już w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zawarł pod tabelą następującą informację: *„W przypadkach, w których wizja lokalna wskaże taką konieczność wykonawca dostarczy kotły spełniające wymagania SIWZ w zakresie wysokości i szerokości kotła i zasobnika oraz wymaganych długości rury podającej pellet ze spiralą oraz rury przezroczystej giętkiej. W innych przypadkach wykonawca dostarczy kotły zintegrowane w jedną całość (kocioł + zasobnik) w których długości rury podającej oraz przezroczystej giętkiej są mniejsze, ale spełniają zabezpieczenia zgodnie z normą PN-EN 303: - 2012 (...)”*. Tym samym wybrany pierwotnie wykonawca już przy przedstawieniu dokumentów na pierwsze żądanie, zamieścił informację budzącą wątpliwości, czy oferuje on urządzenia zgodne z siwz i jak oceniła to Izba w wyroku KIO 84/19: *„wprowadził alternatywny sposób realizacji świadczenia”* (str. 48 wyroku). Następnie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień, pierwotnie wybrany wykonawca wskazał m.in.: *„Jeżeli jednak Zamawiający oczekuje takiego rozwiązania, ponieważ będzie ono lepsze dla ergonomicznego wykorzystania pomieszczeń małych kotłowni, pomimo tego, że Zamawiający w ramach odpowiedzi na pytania wyraził zgodę na rozwiązania sprzyjające jego potrzebom, odpowiadamy jednoznacznie, że jesteśmy gotowi dostarczyć kotły w konfiguracji z montażem palnika z przodu kotła, w zestawach z długościami rur podających i elastycznych wg tabeli w pkt. 8., bez ich integracji w wyżej wymienionym rozumieniu”*. Tym samym wykonawca ten potwierdził, że oferuje rozwiązania niezgodne z siwz, ale jest gotowy dostarczyć urządzenia zgodne z siwz, czyli zmienił swoją ofertę. Jak oceniła to Izba w wyroku KIO 84/19: *„zadeklarował dostawę kotła zgodnego z oczekiwaniami Zamawiającego abstrahując od treści złożonej oferty, tj. nie próbował wskazać, że taki kocioł został zaoferowany w pierwotnie złożonej ofercie, lecz złożył deklarację, że zgodność taka wystąpi dopiero na etapie dostawy (...) Dokonując wykładni ww. oświadczenia wskazać należy, że z jego treści nasuwa się jednoznaczny wniosek, że pierwotne świadczenie ujęte w ofercie obejmowało urządzenie odmienne od pożądanego przez Zamawiającego – a więc było to urządzenie występujące w powszechnym obrocie”* (str. 49 wyroku). Na kolejne wezwanie do wyjaśnień, pismem z dnia 04.01.2019 r. wybrany pierwotnie wykonawca stwierdził, że wymagane parametry są spełnione, w tym wskazał m.in.: *„Wyjaśniamy, że dokumenty dotyczą badań z palnikiem z boku kotła. Załączamy świadectwa badań tego samego kotła z palnikiem zamontowanym z przodu wykonane przez laboratorium posiadające akredytację PCA. Badania potwierdzają zgodność tej wersji kotła z wymaganiami SIWZ. Dokumenty te otrzymaliśmy z laboratorium w terminie późniejszym niż termin złożenia dokumentacji u Zamawiającego (uzupełniamy w załączeniu)”* – tym samym wykonawca zmienił ofertę poprzez zmianę swojego oświadczenia i przedłożenie nowych dokumentów z innym montażem palnika. Jak oceniła to Izba w wyroku KIO 84/19: *„Oświadczenie Przystępującego w konfrontacji z jednoznacznym pytaniem Zamawiającego w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, że przedmiotem oferty (dookreślonym przez złożenie szeregu dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) był kocioł o parametrach niezgodnych z treścią SIWZ. (...) Niezgodność treści oferty jest skutkiem wykładni całokształtu oświadczeń składanych Zamawiającemu przez Przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazuje ona zarówno na zmianę treści oferty przez Przystępującego, jak również na dopuszczenie przez Zamawiającego do negocjacji treści oferty, której to czynności wyraźnie zabrania ustawa Pzp. (...) Ww. wskazane oświadczenia pokazują również na okoliczność, że pierwotnie złożone dokumenty (na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) w postaci*

zaświadczeń, świadectw oraz raportów z badań odnosiły się do kotła w konfiguracji niezgodnej z treścią SIWZ. Dopiero w styczniu 2019 r. Przystępujący złożył te dokumenty w odniesieniu do innego rodzaju urządzenia." (str. 50 i 51 wyroku).

Po drugie, należy zauważyć, że jak wynika z wyroku KIO 84/19 pierwotnie wybrany wykonawca w toku tamtego postępowania odwoławczego nie udowodnił, że oferowane przez niego kotły nie zostały opisane na stronie internetowej i nie dotyczą ich dokumenty tam zamieszczone. Wykonawca ten jedynie zapewniał o zamiarze dostarczenia kotłów o wymaganych parametrach, ale nie wykazał, że od początku oferował kotły zgodne z siwz i nie tożsame z kotłami opisanymi na stronie internetowej.

Podsumowując, należy stwierdzić, że sytuacja wykonawcy pierwotnie wybranego nie jest taka sama, jak odwołującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Odwołujący (ZPH S. K.) wykazał, że oferuje kotły inne niż prezentowane na stronie internetowej, a zatem instrukcja i parametry zamieszczone na stronie nie mają zastosowania do kotłów wskazanych w jego ofercie, podczas gdy wybrany pierwotnie wykonawca nie sprostął ciężarowi dowodu w tym zakresie. Ponadto odwołujący od razu na pierwsze wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp złożył dokumenty potwierdzające zgodność parametrów kotłów z siwz, a w wyjaśnieniach z dnia 15 marca 2019 r. je potwierdził, podczas gdy wybrany pierwotnie wykonawca w kolejno składanych oświadczeniach zawierał informacje wskazujące na niezgodność oferty z siwz, na gotowość dostosowania się do wymogów siwz dopiero na etapie realizacji, w końcu zaś dokonał zmiany oferty.

Wyrok KIO 84/19 wyrok nie dotyczy zatem sytuacji analogicznej do tej, która ma miejsce w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający, kierując się zawartymi w wyroku KIO 84/19 uwagami Izby o charakterze ogólnym, nie dostrzegł konkretnego kontekstu, w którym zostały one wydane, a który to kontekst różni się od obecnych okoliczności faktycznych. Tym samym, ocena Izby dokonana w wyroku KIO 84/19, nie może być zastosowana w sposób automatyczny do oferty odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, naruszył ww. przepisy. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący